

Tilburg University

Horizontale samenwerking en het mededingingsrecht

Lavrijssen, Saskia; van Helfteren, Tim

Published in:
Compose

Publication date:
2020

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Lavrijssen, S., & van Helfteren, T. (2020). Horizontale samenwerking en het mededingingsrecht. In G. Kant, N. Schriek, & E. Guis (Eds.), *Compose: Strategisch logistiek samenwerken* (pp. 82-90).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Verdieping 2

Horizontale samenwerking en het mededingingsrecht

*Saskia Lavrijsen, hoogleraar regulering en toezicht Tilburg University
en Tim van Helfteren¹⁶*

Het mededingingsrecht heeft als doel het bewaken van een gelijk speelveld en concurrentie tussen ondernemingen. Dit leidt tot economische efficiëntie wat uiteindelijk de consument ten goede komt. Artikel 101(1) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) vormt de basis van een van de pijlers van het mededingingsrecht. Hieruit volgt dat overeenkomsten tussen ondernemingen, beslissingen van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden zijn verboden als deze ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.¹⁷ De Europese Commissie (Commissie) handhaaft het mededingingsrecht in grensoverschrijdende gevallen, terwijl de Autoriteit Consument en Markt (ACM) verantwoordelijk is voor de handhaving van het verbod in Nederland.

Artikel 101(1) VWEU verbiedt niet enkel de klassieke prijskartels, maar is ook van toepassing op horizontale samenwerking tussen ondernemingen. De Commissie is zich er van bewust dat horizontale overeenkomsten economische voordelen kunnen voortbrengen.¹⁸ In een eerder beleidsrapport heeft de Commissie tevens benadrukt dat wegvervoer een onmisbaar onderdeel vormt van de Europese interne markt.¹⁹ Naar aanleiding van de COVID-19 uitbraak heeft de Commissie recent duidelijk gemaakt dat verschillende vormen van samenwerking geen mededingingsbezwaren creëren, mits voldoende garanties op voorhanden zijn.²⁰ Bijvoorbeeld, samenwerking op het gebied van gezamenlijk vervoer van inputmaterialen of het aggregeren van niet-geïndividualiseerde informatie over productie en capaciteit kan bijdragen aan het opvangen van tekorten aan essentiële producten tijdens de COVID-19 crisis.²¹ Ondanks het feit dat de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten hebben verklaard het mededingingsrecht niet actief te handhaven met betrekking tot gevallen van voorzieningszekerheid en distributie van schaarse producten, blijft Artikel 101 VWEU nog altijd van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.²²

Dit hoofdstuk bespreekt drie mededingingsrechtelijke vraagstukken die relevant zijn voor horizontale samenwerking via het COMPOSE-platform. Ten eerste wordt ingegaan op de situaties waarin informatie-uitwisseling tussen ondernemingen onder het verbod van Artikel 101(1) VWEU valt. Ten tweede wordt ingegaan op de gevallen waarin eventueel verboden afspraken

¹⁶ Tim van Helfteren heeft een LLM van Tilburg University en King's College London en is aankomend advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer. Saskia Lavrijsen is hoogleraar regulering en toezicht aan Tilburg University en oprichter van Oyster Legal.

¹⁷ Dezelfde bepaling is tevens terug te vinden in Artikel 6 van de Mededingingswet, dat gebaseerd is op de bewoording van Artikel 101 VWEU. Artikel 6 Mededingingswet vereist niet dat de handel tussen lidstaten ongunstig moet kunnen worden beïnvloed.

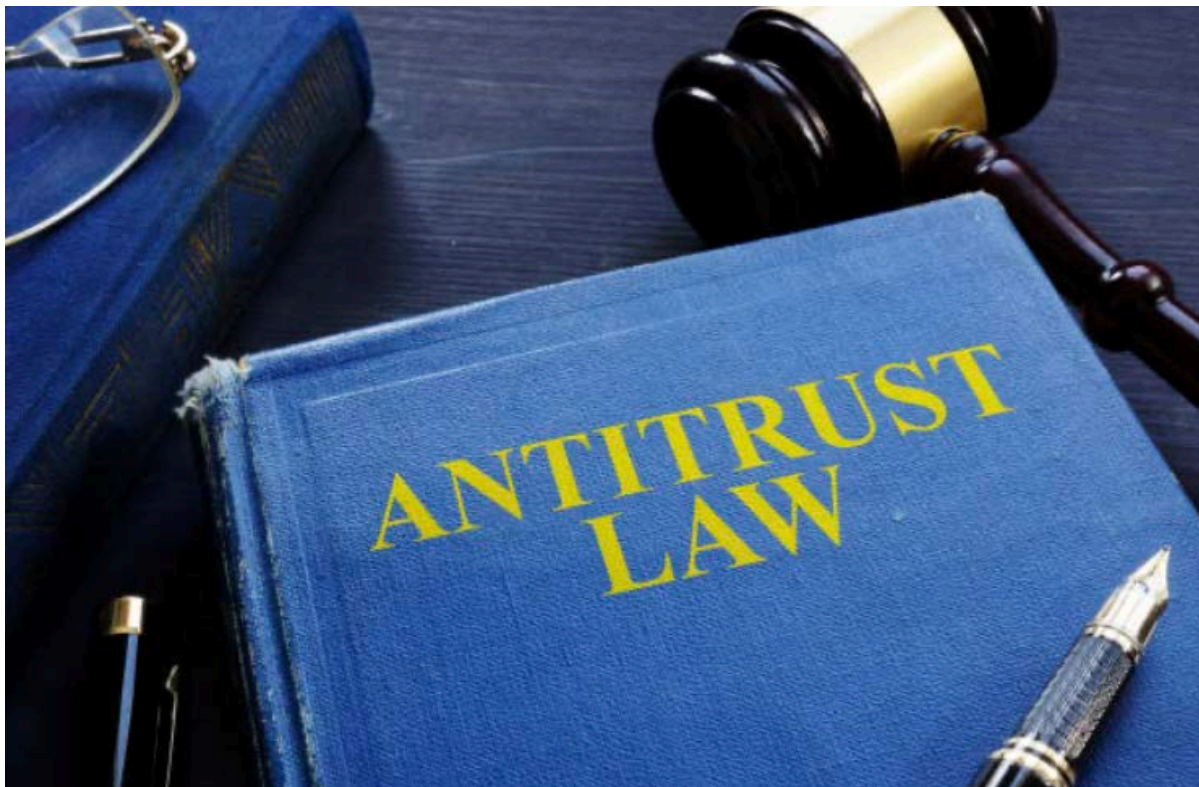
¹⁸ Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, para 4.

¹⁹ Commissie Verslag over het mededingingsbeleid 2016, p 12.

²⁰ Commissie Tijdelijk raamwerk voor de beoordeling van mededingingskwesties met betrekking tot samenwerking tussen bedrijven in respons op noodsituaties voortvloeiend uit de huidige COVID19-uitbraak (2020/C 116 I/02), para 13.

²¹ *ibid*, para 12.

²² European Competition Network, Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis.



kunnen worden vrijgesteld op grond van economische en niet-economische gronden onder Artikel 101(3) VWEU. Als laatste bespreekt dit hoofdstuk hoe de governance van een samenwerkingsplatform de kans op overtredingen van het mededingingsrecht kan verkleinen.

Artikel 101(1) VWEU en informatie-uitwisseling

Artikel 101(1) VWEU bepaalt dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen de mededinging bij strekking of bij gevolg kunnen vervalsen. Een mededingingsautoriteit, die hiervoor de bewijslast draagt, hoeft voor overeenkomsten die als strekking hebben om de mededinging te vervalsen geen daadwerkelijke effecten op de markt aan te tonen.²³ Een overeenkomst heeft een mededingingsbeperkende strekking als deze de mededinging in voldoende mate aantast.²⁴ Daarbij moet worden gelet op de bewoordingen en doelstellingen van de overeenkomst en de economische en juridische context,²⁵ waarbij voldoende solide en betrouwbare ervaring moet bestaan dat de overeenkomst naar haar aard schadelijk is voor de mededinging.²⁶ Een overeenkomst beperkt de mededinging bij strekking als deze geen ander doel heeft dan het commerciële belang om niet te concurreren op basis van verdienste.²⁷ Mededingingsbevorderende economische voordelen kunnen de kwalificatie van ‘beperking naar strekking’ enkel wegnemen als deze voordelen specifiek door de betrokken overeenkomst worden voortgebracht en dusdanig groot zijn zodat de voldoende mate van schadelijkheid voor de mededinging redelijkerwijs kan worden betwijfeld.²⁸ Het maken van prijsafspraken, vaststellen van productiecapaciteit of afzet, en het verdelen van markten zijn voorbeelden van overeenkomsten die de mededinging naar strekking vervalsen.

²³ Zaak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* EU:C:1966:38.

²⁴ Zaak C-67/13P *Groupement des Cartes Bancaires* EU:C:2014:2204, para 57.

²⁵ *ibid*, para 53.

²⁶ Zaak C-228/18 *Budapest Bank* EU:C:2020:264, para 76.

²⁷ Zaak C-307/18 *Generics (UK) Ltd* EU:C:2020:52, para 87.

²⁸ *ibid*, paras 106-107.

Ook het uitwisselen van informatie kan de mededinging bij strekking beperken als het de onzekerheid kan wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen.²⁹ Deze mededingingsbeperkende strekking kan niet worden weggenomen door het enkele feit dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging geen rechtstreeks verband houdt met uiteindelijke consumentenprijzen.³⁰ Informatie-uitwisseling beperkt de mededinging bij strekking als de informatie betrekking heeft op toekomstige prijzen of hoeveelheden en wanneer de informatie ziet op het gedrag van ondernemingen in plaats van actuele gegevens.³¹ De samenwerking en informatie-uitwisseling binnen COMPOSE is echter niet van deze aard, waardoor het zeer onwaarschijnlijk is dat er sprake zal zijn van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken de mededinging te vervalsen.

Informatie-uitwisseling tussen ondernemingen kan tevens op een zelfstandige basis ten gevolge hebben dat de mededinging wordt vervalst. Dit is het geval als de onzekerheid over de werking van de betrokken markt wordt verminderd of weggenomen.³² In deze gevallen moet een mededingingsautoriteit een plausibele analyse maken van de effecten van de informatie-uitwisseling op de relevante markt. Hierbij zou rekening moeten worden gehouden met de economische context op de betrokken markt, en de kenmerken en het doel van het systeem van horizontale samenwerking. Tevens zou moeten worden ingegaan op de voorwaarden voor toegang tot de informatie-uitwisseling, de frequentie van uitwisseling, de aard van de informatie, en het belang van de informatie voor het vaststellen van prijzen, hoeveelheden of leveringsvoorwaarden.³³ Informatie-uitwisseling zal niet snel onder Artikel 101(1) VWEU vallen als



het geen betrekking heeft op strategische informatie, als de ondernemingen die deelnemen aan de uitwisseling een klein deel van de relevante markt bestrijken, als de uitwisseling ziet

²⁹ Zaak C-286/13P *Dole Food Company* EU:C:2015:184, para 122.

³⁰ *ibid*, para 123.

³¹ Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten (n 3), paras 73-74.

³² Zaak C-238/05 *Asnef-Equifax* EU:C:2006:734, para 51.

³³ *ibid*, para 54.

op geaggregeerde in tegenstelling tot geïndividualiseerde gegevens, wanneer sprake is van historische gegevens, als uitwisseling niet frequent plaats vindt, en wanneer uitgewisselde gegevens openbaar zijn.³⁴ Binnen het COMPOSE-platform wordt met deze mededingingsrechtelijke randvoorwaarden voor informatie-uitwisseling rekening gehouden.

De relevante EU-wetgeving en Commissie richtsnoeren met betrekking tot horizontale overeenkomsten worden momenteel geëvalueerd. Uit de reacties op de openbare raadpleging van de Commissie blijkt dat het raamwerk voor informatie-uitwisseling wordt gezien als het type gedraging waar de meeste rechtsonzekerheid over bestaat.³⁵ Respondenten hebben onder andere kritiek geuit op de onduidelijkheid wat betreft informatie-uitwisseling in data-pooling, het delen van gegevens, en nieuwe samenwerkingsvormen met betrekking tot *network sharing* en platforms.³⁶

Artikel 101(3) VWEU en duurzaamheid

In gevallen waarin een overtreding van Artikel 101(1) VWEU zou worden vastgesteld door de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit kan deze worden vrijgesteld op grond van Artikel 101(3) VWEU. De bewijslast voor het aantonen van de elementen van Artikel 101(3) VWEU rust op de onderneming. Het verbod van Artikel 101(1) VWEU blijft buiten toepassing als aan vier cumulatieve criteria is voldaan. Er moet sprake zijn van (i) een verbetering van productie of distributie, of een verbetering van technische of economische vooruitgang, (ii) hiervan moet een billijk deel ten goede komen aan consumenten, (iii) de beperkingen opgelegd aan de betrokken ondernemingen moeten onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen, en (iv) deze beperkingen mogen niet de mogelijkheid geven dat een wezenlijk deel van de mededinging wordt uitgeschakeld.

De Commissie interpreteert de voordelen die voortvloeien uit een overeenkomst strikt als efficiëntiewinsten. Meer specifiek gaat het hierbij om kostenverbeteringen en kwalitatieve efficiëntieverbeteringen.³⁷ De focus op efficiëntiewinsten en een voordeel voor consumenten laat zien dat Artikel 101(3) VWEU voornamelijk is gericht op consumentenwelvaart. Samenwerking via COMPOSE kan in de praktijk zorgen voor verschillende efficiëntiewinsten. Zo kunnen logistieke kosten worden verminderd, en kunnen de kwaliteit van distributie en de leveringsdiensten voor consumenten worden verbeterd.

Het is minder duidelijk in hoeverre niet-economische factoren een rol spelen in de beoordeling van Artikel 101(3) VWEU. De voordelen van COMPOSE zien namelijk tevens op duurzaamheid door middel van minder uitstoot van broeikasgassen en betere toegankelijkheid van snelwegen doordat het platform bijdraagt aan een efficiëntere bezetting van vrachtwagens. De Commissie lijkt vast te houden aan de huidige structuur van Artikel 101(1) en 101(3) VWEU, dat focust op efficiëntiewinsten voor consumenten, en lijkt daarbij minder belang te hechten aan andere factoren zoals duurzaamheid. Volgens de Commissie geldt dat, als het nastreven van niet-economische doelen leidt tot efficiëntievoordelen voor consumenten, zulke belangen ook dan onder een strikte benadering van Artikel 101(3) VWEU kunnen worden meegewogen. Effecten moeten daarvoor wel kwantificeerbaar zijn om na te kunnen gaan in hoeverre ze ook worden doorgegeven aan consumenten. Dit is vaak moeilijk bij belangen zoals duurzaamheid.

³⁴ Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten (n 3), paras 75-94.

³⁵ Commission, Factual summary of the contributions received during the public consultation on the evaluation of the two block exemption regulations and the guidelines on horizontal cooperation agreements, p 7.

³⁶ *ibid*, p 8.

³⁷ Commissie Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, para 3.2.

Academici zijn verdeeld over de vraag of ondernemingen redenen van niet-economisch belang, zoals duurzaamheid en dierenwelzijn, zouden moeten kunnen invoeren onder Artikel 101(3) VWEU.³⁸ In het verleden heeft de Commissie sporadisch overwegingen van niet-economisch algemeen belang in haar beoordelingen opgenomen ter aanvulling van efficiëntiewinsten,³⁹ en volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie lijkt de Commissie in beginsel ruimte te hebben om in haar analyse onder Artikel 101(3) VWEU overwegingen van niet-economisch belang mee te nemen.⁴⁰

De ACM in Nederland lijkt positiever te staan tegenover niet-economische factoren dan de Europese Commissie. De ACM heeft in het verleden erkend dat afspraken omtrent duurzaamheid de algemene welvaart kunnen vergroten, maar dat ondernemingen moeten kunnen aantonen dat in geval van hogere prijzen een substantieel deel van de consumenten de bereidheid heeft extra te betalen voor dergelijke producten of diensten, of dat duurzaamheid in het belang is van toekomstige consumenten.⁴¹ Zo heeft de ACM in een aantal zaken op beperkte wijze niet-economische belangen meegewogen in haar analyses.⁴² De ACM heeft als uitgangs-



punt dat het niet optreedt tegen maatschappelijk breed gedragen duurzaamheidsafspraken, mits deze de concurrentie niet verstoren. In problematische gevallen geeft de ACM de

³⁸ Zie voor verschillende opvattingen bijvoorbeeld: R.J.G. Claassen and A. Gerbrandy, 'Rethinking European competition Law: From a Consumer Welfare to a capability approach' (2016), 12(1) *Utrecht Law Review*; E. van Damme, 'De betovering van de consumentenwelvaart' (2014) 99 *Economisch Statistische Berichten*; en S. Lavrijssen, 'What role for National Competition Authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?' (2010) 35(5) *European Law Review*.

³⁹ G. Monti, 'Article 81 EC and Public Policy' (2002) 39(5) *Common Market Law Review*, p 1090-91.

⁴⁰ Gevoegde Zaken T-528, 542, 543 en 546/93 *Métropole télévision* EU:T:1996:99, para 118.

⁴¹ ACM Visiedocument Mededinging & Duurzaamheid (Mei 2014), para 3.5.1.

⁴² Zie bijvoorbeeld 'Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen'', 26 januari 2015 (ACM/DM/2014/206028); en 'Analyse van de Autoriteit Consument en Markt met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord', 26 september 2013.

voorkeur aan snelle onderhandse oplossingen zonder het opleggen van een boete.⁴³ De ACM is door middel van een beleidsregel van de Minister van Economische Zaken al opgedragen om de voordelen van duurzaamheidsafspraken voor de samenleving mee te wegen in de beoordeling van Artikel 101(3) VWEU.⁴⁴ De Commissie was kritisch over deze beleidsregel en liet destijds weten dat het Europees mededingingsrecht ruimte biedt om duurzaamheidsoverwegingen mee te nemen als zij voordelen creëren voor daadwerkelijke consumenten, en niet voor de samenleving als geheel.⁴⁵ De Minister van EZK heeft recentelijk het wetsvoorstel 'Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven' ingediend om de ACM nog meer aanwijzingen te geven voor het meewegen van duurzaamheidsaspecten in de besluitvorming.⁴⁶ Het is duidelijk dat duurzaamheid een steeds grotere rol speelt in de beoordeling van Artikel 101(3) VWEU in Nederland, maar dat de exacte wijze waarop dit een belang kan spelen in mededingingsanalyses nog controversieel is.

In het verlengde van eerdere initiatieven heeft de ACM op 9 juli 2020 een concept leidraad gepubliceerd waarin zij de toepassing van het mededingingsrecht op duurzaamheidsafspraken nader toelicht.⁴⁷ Ten eerste geeft de leidraad aan dat duurzaamheidsafspraken buiten het verbod vallen als zij concurrentieparameters zoals prijs en kwaliteit niet of niet merkbaar beïnvloeden.⁴⁸ Als voorbeelden noemt de ACM duurzaamheidsinitiatieven zonder verplicht karakter, codes voor milieu- of klimaatbewust marktgedrag, afspraken omtrent het niet verkopen van minder duurzame producten, of initiatieven voor het introduceren van nieuwe producten of markten.⁴⁹ Ten tweede maakt de concept leidraad duidelijk in welke gevallen een mededingingsbeperkende overeenkomst de toets van Artikel 101(3) VWEU kan doorstaan. De ACM houdt rekening met objectieve duurzaamheidsvoordelen voor de samenleving in brede zin.⁵⁰ Zowel cijfermatig onderbouwde voordelen als kwalitatieve beschrijvingen van de aard van de voordelen zullen in acht worden genomen.⁵¹ Voor milieuschadeafspraken is de ACM voornemens af te wijken van het criterium dat een billijk deel van de voordelen ten goede moet komen van gebruikers van de producten als aan twee voorwaarden is voldaan. De afspraak moet zien op het beperken of voorkomen van evidente milieuschade en moet bijdragen aan de naleving van internationale of nationale normen waaraan de overheid gebonden is.⁵² Met betrekking tot overige duurzaamheidsafspraken, zoals afspraken omtrent eerlijk loon in ontwikkelingslanden of minimumeisen voor dierenwelzijn, blijft bepalend dat gebruikers moeten worden gecompenseerd voor de nadelen van de mededingingsbeperking.⁵³ Kwantificering van

⁴³ Uitgangspunten toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken <<https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/uitgangspunten-toezicht-acm-op-duurzaamheidsafspraken>>.

⁴⁴ Beleidsregel mededinging en duurzaamheid 2016, <<https://wetten.overheid.nl/BWBR0038583/2016-10-06>>.

⁴⁵ Brief van Johannes Laitenberger van 26 februari 2016, bijlage bij Kamerstuk 30 196 nr. 463 <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-775505>>.

⁴⁶ De Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven is momenteel in behandeling bij de Tweede Kamer, <https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/35247_wet_ruimte_voor>.

⁴⁷ ACM Concept Leidraad Duurzaamheidsafspraken, Mogelijkheden binnen het mededingingsrecht (9 juli 2020) <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/concept-leidraad-duurzaamheidsafspraken-nw.pdf>>. De ACM houdt een consultatie voor de concept-leidraad tot 1 oktober 2020.

⁴⁸ *ibid*, para 16.

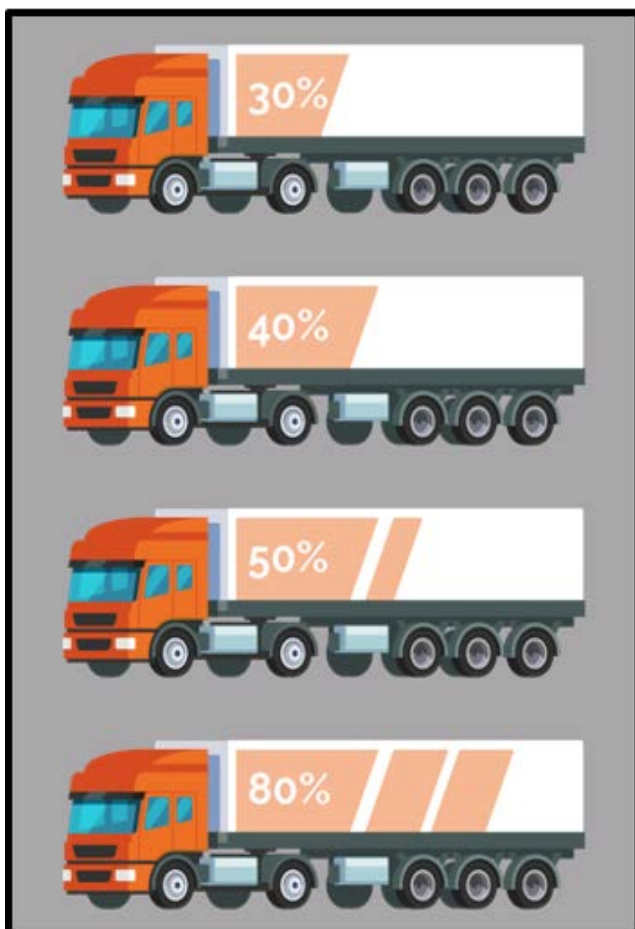
⁴⁹ *ibid*, paras 19-22.

⁵⁰ *ibid*, paras 29-30.

⁵¹ *ibid*, paras 31-34.

⁵² *ibid*, para 38.

⁵³ *ibid*, para 43.



voordelen is niet vereist als het gezamenlijk marktaandeel niet meer is dan 30% en het initiatief specifiek gericht is op duurzaamheidsbelangen en redelijkerwijs voordelen zal voortbrengen.⁵⁴ Ten slotte geeft de ACM aan open te staan om actief mee te denken aan het inrichten van duurzaamheidsinitiatieven. De ACM zal terughoudend optreden wat betreft het opleggen van boetes wegens mededingingsrechtelijke overtredingen als de leidraad te goeder trouw is gevolgd of als afspraken met de ACM zijn besproken en er destijds geen risico's zijn gesignaleerd.⁵⁵ De Commissie heeft naar aanleiding van de concept leidraad van de ACM tevens een persbericht gepubliceerd waarin zij de noodzaak van richtlijnen voor duurzaamheidsafspraken ondersteunt. In het licht van de evaluatie van EU wetgeving en richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten onderzoekt de Commissie nadrukkelijk hoe zij houvast kan bieden aan bedrijven en benadrukt zij het belang van een uniform beleid in de EU.⁵⁶ Het ziet er naar uit dat de Commissie in tegenstelling tot eerdere geluiden open lijkt te staan voor

het meewegen van duurzaamheidsvoordelen voor de samenleving als geheel onder Artikel 101(3) VWEU, iets wat in overeenstemming zou zijn met haar Europese Green Deal strategie.

Governance en compliance binnen COMPOSE

Voor een platform als COMPOSE waarin samenwerkingsverbanden tussen ondernemingen worden aangegaan is het belangrijk dat het platform een governance structuur heeft dat mogelijke overtredingen van het mededingingsrecht verkleint. Informatie-uitwisseling is de meest voor de hand liggende gedraging die mededingingsrechtelijke vragen kan oproepen, zoals hiervoor besproken. Men kan vanuit een theoretisch oogpunt ook denken aan andere horizontale concurrentiebeperkingen zoals het uitsluiten van specifieke ondernemingen die willen toetreden tot een samenwerkingsnetwerk.⁵⁷

Netwerk governance studies bieden een goed inzicht in verschillende hybride vormen van horizontale samenwerking tussen ondernemingen. Zo kan men een onderscheid maken tussen netwerken die intensief gestuurd worden door haar deelnemers, door een of meerdere deelnemende ondernemingen, of door een externe monitoring trustee.⁵⁸ Vanuit een organisatorisch oogpunt is het waarschijnlijk dat een trustee structuur het meest bijdraagt aan efficiënte

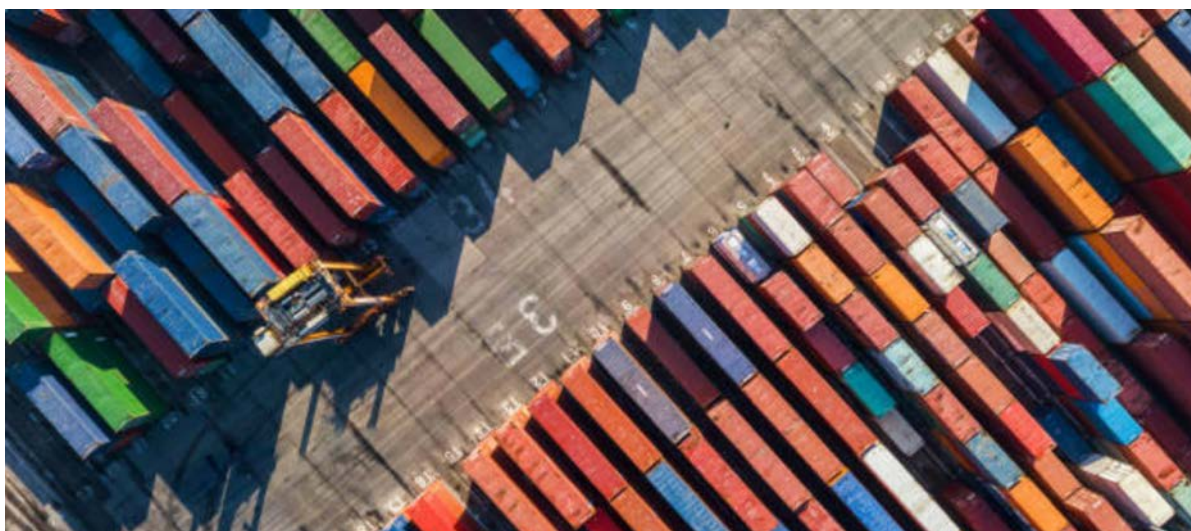
⁵⁴ *ibid*, para 47.

⁵⁵ *ibid*, paras 61-62.

⁵⁶ Europese Commissie, Statement on ACM public consultation on sustainability guidelines <<https://ec.europa.eu/competition/antitrust/news.html>>.

⁵⁷ Zaak T-461/07 *Visa Europe* EU:T:2011:181.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld K. Provan en P. Kenis, 'Modes of Network Governance: Structure, Management and Effectiveness' (2008) 18(2) *Journal of Public Administration Research and Theory*.



samenwerking tussen een groter aantal deelnemers op de lange termijn. De trustee kan tevens een actieve rol spelen bij het monitoren van informatie-uitwisseling en kan bijdragen aan het onderhouden van objectieve en transparante criteria voor toetreding tot het samenwerkingsnetwerk. Hiermee wordt de kans op het ontstaan van handelingen in strijd met het mededingingsrecht verkleind. Voor de materiële mededingingsbeoordeling van de gedragingen binnen het netwerk zelf speelt de governance structuur geen doorslaggevende factor. Zo heeft bijvoorbeeld informatie-uitwisseling tevens betrekking op indirecte uitwisseling via gemeenschappelijke instanties, brancheorganisaties en derde partijen.⁵⁹ Hier moet ook worden opgemerkt dat er tevens een risico kan bestaan dat platforms zelf als *cartel facilitators* optreden, waarbij mededingingsgevoelige informatie-uitwisseling op initiatief van het platform zelf zonder actieve inmenging van deelnemers tot aansprakelijkheid van alle deelnemers kan leiden, tenzij ze zich van de informatie hebben gedistantieerd.⁶⁰ Het platform kan zelf ook aansprakelijk zijn wegens schending van het mededingingsrecht, zelfs als het niet op de betrokken relevante markt actief is.

In de beginfase van COMPOSE ligt het voor de hand dat samenwerking op een *ad hoc* basis zal plaatsvinden door middel van contractuele relaties. Men zou bij frequente samenwerking en een duurzaam netwerk van een groot aantal ondernemingen kunnen gaan denken aan een meer structurele inrichting van het platform. Een voorbeeld zou kunnen zijn het creëren van een joint venture door deelnemende partijen middels een ondernemingsrechtelijke rechtsvorm. Corporate governance zal waarschijnlijk geen doorslaggevende rol spelen voor de materiële beoordeling van gedragingen onder het mededingingsrecht.⁶¹ Het beperken van directe communicatie tussen ondernemingen binnen de joint venture structuur en het instellen van onafhankelijke bestuurders kan echter bijdragen aan het verkleinen van mogelijke mededingingsrechtelijke overtredingen.

Ten slotte kan compliance met het mededingingsrecht onder deelnemers van het platform worden versterkt door het instellen van compliance programma's. De Commissie heeft in het

⁵⁹ Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten (n 2), para 55.

⁶⁰ Zie Zaak C-74/14, *Eturas* EU:C:2016:42. De Eturas-zaak van het Hof van Justitie betrof een platform dat op eigen initiatief besloot een maximum in te stellen voor de korting die deelnemers aan hun klanten mochten geven.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld S.W. Waller, 'Corporate Governance and Competition Policy', (2011) 883 *George Mason Law Review*, p 869-870. Na mededingingsrechtelijke processen in de Verenigde Staten tegen Visa en Mastercard veranderde Mastercard haar corporate governance structuur van een coöperatieve structuur tussen banken naar een economische entiteit met aandeelhouders, waarin de deelnemende banken minder macht zouden hebben over dagelijkse activiteiten van de entiteit. Deze veranderingen hadden weinig invloed op latere mededingingsrechtelijke aanklachten.

verleden de implementatie van compliance programma's aangemoedigd. Volgens de Commissie moet de beloning van een succesvol compliance programma echter beperkt blijven tot het feit dat er geen onwettig gedrag heeft plaatsgevonden.⁶² Academics zijn verdeeld over de vraag of de oprechtheid van een compliance programma invloed zou moeten hebben op handhaving van het mededingingsrecht en de hoogte van eventuele boetes die worden opgelegd door mededingingsautoriteiten.⁶³ De Commissie heeft dergelijke programma's nog nooit op die wijze in overweging genomen.⁶⁴ Het gebruik van een compliance programma vergroot echter het bewustzijn voor deelnemende ondernemingen van de juridische consequenties van het uitwisselen van informatie en verkleint daarmee de kans op overtredingen.

Conclusie

Vastgesteld kan worden dat de informatie-uitwisseling tussen ondernemingen binnen COMPOSE zeer waarschijnlijk niet kwalificeert als een beperking van de mededinging naar strekking onder Artikel 101(1) VWEU. De uitwisseling zou in theorie kunnen worden onderzocht op haar gevolgen voor de mededinging, maar dit is afhankelijk van de aard van de informatie. Gelet op het feit dat COMPOSE zich als dynamisch platform na verloop van tijd kan ontwikkelen is het van belang dat men het type informatie dat wordt uitgewisseld blijft monitoren. Er moet dus voor worden gewaakt dat veranderde omstandigheden niet zullen leiden tot het uitwisselen van vertrouwelijke gegevens die problemen kunnen opleveren met het mededingingsrecht. Wat betreft de vrijstelling van Artikel 101(3) VWEU is het evident dat COMPOSE een verscheidenheid aan efficiëntiewinsten voortbrengt, ondersteund door duurzaamheidsverbeteringen, wat het verbod buiten toepassing kan laten. De recente concept leidraad van de ACM voor duurzaamheidsafspraken en mogelijke richtlijnen van de Commissie laten zien dat er in de toekomst waarschijnlijk meer ruimte zal zijn voor het meewegen van duurzaamheidsvoordelen. In de praktijk is het een drempel om aan te kunnen tonen dat de efficiëntiewinsten de mededingingsbeperkingen overtreffen, omdat de bewijslast bij de deelnemende partijen ligt. Het is daarom belangrijk dat de betrokken partijen mededingingsbeperkingen te allen tijde proberen te voorkomen.

De governance van COMPOSE, zeker bij een groot aantal deelnemers, zal het meest efficiënt zijn met de aanwezigheid van een trustee. Deze kan er tevens toe bijdragen dat informatie-uitwisseling en samenwerking in overeenstemming blijft met het mededingingsrecht. Het creëren van een compliance programma met betrekking tot het mededingingsrecht en informatie-uitwisseling kan daarnaast deel uitmaken van een platform breed compliance initiatief, aangezien de verwerking van persoonsgegevens via de matchingstool op het platform ook in overeenstemming moet zijn met de Algemene Verordening Gegevensbescherming (2016/679).

⁶² Speech by Commissioner for Competition Policy Joaquín Almunia, 14 April 2011, SPEECH/11/268.

⁶³ Zie bijvoorbeeld D. Geradin, 'Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils,' (2013) 1(2) *Journal of Antitrust Enforcement*; en W. Wils, 'Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement,' (2012) 1(1) *Journal of Antitrust Enforcement*.

⁶⁴ F. Thépot, 'Chapter 9: Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement?' in J. Paha, *Competition Law Compliance Programmes, An Interdisciplinary Approach* (Springer, 2016), p 192.